

GE_GERICHTE ATA/454/2017 vom 25. April 2017

GE Cour de justice, 2017-04-25, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/ge_gerichte_ATA_454_2017

FR: GE_GERICHTE ATA/454/2017 du 25 avril 2017

IT: GE_GERICHTE ATA/454/2017 del 25 aprile 2017

Regeste

Résumé: L'appel d'offres est une décision sujette à recours dans un délai de dix jours. Le soumissionnaire qui entend contester la définition, la pondération ou le manque de précision des critères d'adjudication doit le faire, pour des raisons de bonne foi, dans le cadre de l'appel d'offres et non plus au moment de la décision d'adjudication, sans quoi il est forclos. Par ailleurs, une offre qui n'est pas conforme aux conditions de l'appel d'offres doit être exclue du marché concerné. Un soumissionnaire dont l'exclusion est conforme au droit n'est pas fondé à se plaindre de la poursuite de la procédure d'adjudication et de l'attribution du marché à un concurrent.

Erwägungen

E. 12

septembre 1985 - LPA - E 5 10). 2)

La recourante a requis la production d'un tableau comparatif des offres de l'ensemble des soumissionnaires à l'appel d'offres, des certificats des labels FSC remis par ces derniers, des factures pro forma et des bulletins de livraison du mobilier à exposer, les réponses des soumissionnaires concernés aux demandes de renseignements complémentaires de la CCA et les décisions d'exclusion de ses concurrents, une audience de comparution personnelle des parties, l'audition des organes de l'association FSC Suisse, celle des soumissionnaires admis à l'évaluation des offres et de M. FOUVY, un transport sur place et une expertise.

a. Tel qu'il est garanti par l'art. 29 al. 2 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999 (Cst. - RS 101), le droit d'être entendu comprend en particulier le droit pour le justiciable de fournir des preuves quant aux faits de nature à influencer sur le sort de la décision (ATF 142 II 218 consid. 2.3 p. 222 ; 142 III 48 consid. 4.1.1 p. 52 s. ; 141 V 557 consid. 3.1 p. 564 ; 135 I 279 consid. 2.3 p. 282 ; arrêts du Tribunal fédéral 2C_396/2016 et 2C_397/2016 du

E. 14

novembre 2016 consid. 4.1 ; 2C_998/2015 du 20 septembre 2016 consid. 3.1 ;

- 8/15 - A/1458/2016 1C_52/2016 du 7 septembre 2016 consid. 3.1) et de participer à l'administration des preuves (arrêt du Tribunal fédéral 1C_279/2016 du 27 février 2017 consid. 6.1). Toutefois, le droit d'être entendu ne peut être exercé que sur les éléments qui sont déterminants pour décider de l'issue du litige (ATF 135 I 279 consid. 2.3 p. 282 ; 132 V 368 consid. 3.1 p. 370). L'autorité de décision peut donc se livrer à une appréciation anticipée de la pertinence du fait à prouver et de l'utilité du moyen de preuve offert et, sur cette base, refuser de l'administrer. Ce refus ne viole le droit d'être entendu que si l'appréciation à laquelle elle a ainsi procédé est entachée d'arbitraire (art. 9 Cst. ; ATF 138

III 374 consid. 4.3.2 p. 376 ; 136 I 229 consid. 5.3 p. 236 ; 131 I 153 consid. 3 p. 157). La garantie constitutionnelle précitée n'empêche pas non plus l'autorité de mettre un terme à l'instruction lorsque les preuves administrées lui ont permis de forger sa conviction et que, procédant d'une manière non arbitraire à une appréciation anticipée des preuves qui lui sont encore proposées, elle a la certitude qu'elles ne pourraient l'amener à modifier son opinion (ATF 140 I 285 consid. 6.3.1 p. 299). En outre, le droit d'être entendu ne comprend en principe pas le droit d'obtenir l'audition de témoins (ATF 140 I 68 consid. 9.6.1 p. 76).

b. Aux termes de l'art. 37 let. c LPA, afin de constater un fait par elle-même, l'autorité peut ordonner le transport sur place. Cette disposition ne fait que prescrire un moyen de preuves que les autorités peuvent ordonner, si elles le jugent nécessaire, sans toutefois donner aux parties le droit inconditionnel d'en obtenir l'administration (arrêts du Tribunal fédéral 1C_81/2011 du 4 mai 2011 consid. 3.1 ; 2C_212/2008 du 3 septembre 2008 consid. 3.2 non publié in ATF 134 II 265). L'expertise, quant à elle, représente un moyen de preuve (art. 38 LPA) ordonné lorsque l'établissement ou l'appréciation de faits pertinents requièrent des connaissances et compétences spécialisées – par exemple techniques, médicales, scientifiques, comptables – que l'administration ou le juge ne possèdent pas (ATA/414/2017 du 11 avril 2017 ; ATA/661/2015 du 23 juin 2015 ; ATA/568/2015 du 2 juin 2015 ; ATA/595/2006 du 14 mars 2006).

c. En l'espèce, la chambre de céans a procédé à une audience de comparution personnelle des parties et d'enquêtes durant laquelle la recourante a eu l'occasion de s'exprimer. Celle-ci a en outre répondu aux écritures détaillées de l'autorité intimée et a produit plusieurs documents en rapport avec la certification FSC. Elle a également pris connaissance des pièces produites par l'autorité intimée et s'est déterminée à leur sujet. Les auditions requises de M. FOUVY, des organes de l'association FSC Suisse et des autres soumissionnaires ne sont pas, dans ces conditions, en mesure d'apporter des éléments supplémentaires pertinents qui ne figurent pas dans le dossier et permettant de trancher le litige tel que circonscrit par les conclusions de la recourante, les explications sur le système de certification FSC n'étant pas pertinentes à cet effet. Elles ne s'imposent pas, les documents produits et la consultation des liens internet ressortant des pièces

- 9/15 - A/1458/2016 produites permettant d'accéder à plusieurs publications faisant état de ce processus de certification.

Par ailleurs, la question posée à la chambre de céans dans le cadre du présent litige, soit celle de savoir si l'élimination de la recourante de la procédure d'adjudication est conforme au droit, ne requiert pas de compétences spécialisées et ne présente pas un degré de complexité si élevé que l'instance saisie ne pourrait ni la comprendre ni en apprécier l'importance. Dans ces circonstances, une expertise ne s'impose pas. Un transport sur place ne s'impose pas non plus dans la mesure où l'examen des documents figurant au dossier permet de se prononcer en connaissance de cause sur le respect du label exigé de certification FSC 100 % ou recyclé par les autres soumissionnaires mis en cause par la recourante.

Partant, la chambre de céans ne donnera pas suite aux réquisitions de preuve de la recourante. 3)

Le litige porte sur la question de savoir si la CCA était en droit d'exclure Kinnarps de la procédure d'adjudication, le label FSC que proposait cette société ne correspondant pas à ceux exigés dans l'appel d'offres. 4)

La recourante reproche à la CCA d'avoir lancé un appel d'offres trompeur et irréaliste.

a. À teneur de l'art. 27 let. a RMP, les documents d'appel d'offres doivent contenir tous les renseignements nécessaires à l'établissement de l'offre, notamment l'objet et l'importance du marché avec un descriptif détaillé des prestations attendues et/ou des spécifications techniques (cahier des charges).

b. Le principe de transparence applicable au droit des marchés publics exige tout d'abord que le pouvoir adjudicateur fasse connaître les principales étapes de la procédure et leur contenu et qu'il indique à l'avance aux soumissionnaires potentiels tous les éléments minimaux et utiles leur permettant de déposer une offre valable et correspondant pleinement aux conditions posées (ATF 125 II 86 consid. 7c p. 100 ss). Il est essentiel que l'autorité adjudicatrice décrive soigneusement l'objet du marché et les conditions qui lui sont applicables ; cela suppose qu'elle ait procédé à une définition précise de ses besoins. Concrètement, le cahier des charges doit contenir, en principe à tout le moins, un descriptif des prestations demandées, qui doit être clair et complet. En présence d'un descriptif imprécis, la faculté des entreprises de poser des questions au pouvoir adjudicateur ne constituera en règle générale pas un correctif suffisant (arrêt du Tribunal administratif du canton de Vaud GE.2003.0064 du 29 août 2003 consid. 3a ; Peter GALLI/André MOSER/Elisabeth LANG/Marc STEINER, Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts, 3ème éd., 2013, p. 175 ss).

- 10/15 - A/1458/2016

c. L'appel d'offres est une décision sujette à recours (art. 15 al. 1bis let. a AIMP ; art. 55 let. a RMP) dans un délai de dix jours (art. 15 al. 2 AIMP ; art. 56 al. 1 RMP). Le soumissionnaire qui entend contester la définition, la pondération ou le manque de précision des critères d'adjudication doit le faire, pour des raisons de bonne foi, dans le cadre de l'appel d'offres (arrêt du Tribunal fédéral 2P.47/2004 du 6 avril 2004 consid. 3 ; ATA/1073/2016 du 20 décembre 2016 ; ATA/677/2005 du 12 octobre 2005) et non plus au moment de la décision d'adjudication, sans quoi il est forclos (ATF 130 I 241 consid. 4.2 p. 245 ss ; 129 I 313 consid. 6.2 p. 321 ; 125 I 203 consid. 3a p. 205 ss = SJ 1999 I 359 ; arrêt du Tribunal fédéral 2P.47/2004 précité consid. 3 ; ATA/360/2014 du 20 mai 2014 ; ATA/535/2012 du 21 août 2012 ; ATA/677/2005 du 12 octobre 2005).

d. En l'occurrence, le dossier d'appel d'offres exigeait expressément comme critère impératif et éliminatoire la production de certifications FSC 100 % ou recyclé sur le stratifié ou le mélaminé. La recourante n'a pas contesté, par un recours ou d'une autre manière, cette exigence dans les dix jours qui ont suivi la publication de l'appel d'offres dans la FAO et sur simap.ch. Elle ne l'a pas mise en cause non plus dans les questions qu'elle a adressées à l'autorité intimée avant sa soumission. Elle a par contre soulevé la question de l'imprécision de l'appel d'offres après son élimination, au cours du présent litige. Lors de l'audience de comparution personnelle des parties par-devant la chambre de céans, la recourante a reconnu que si elle s'était rendu compte de la situation, elle aurait recouru contre l'appel d'offres, ce qu'elle n'a pas fait. Or, conformément à la jurisprudence constante de la chambre de céans, l'appel d'offres ne saurait être remis en cause dans le cadre de l'examen de la décision d'adjudication, ni, comme en l'espèce, dans le cadre de l'exclusion d'un soumissionnaire. Dès lors, en n'ayant pas contesté cette exigence dans le délai de dix jours, la recourante est forclos à remettre en cause la pertinence de ce critère, dans le cadre de la présente procédure.

Le grief de la recourante sera dès lors déclaré irrecevable. 5)

La recourante conteste la décision de son élimination de la procédure d'adjudication. Elle allègue que celle-ci viole les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination. 6)

Aux termes de l'art. 42 al. 1 RMP, l'offre est écartée d'office lorsque, notamment, le soumissionnaire a rendu une offre tardive, incomplète ou non conforme aux exigences ou au cahier des charges (let. a) ou qu'il ne répond pas ou plus aux conditions pour être admis à soumissionner (let. b). Les offres écartées ne sont pas évaluées. L'autorité adjudicatrice rend une décision d'exclusion motivée, notifiée par courrier à l'intéressé, avec mention des voies de recours (art. 42 al. 3 RMP).

- 11/15 - A/1458/2016

La chambre de céans s'est toujours montrée stricte au sujet du formalisme qui caractérise le domaine des marchés publics (ATA/801/2016 du 27 septembre 2016 ; ATA/535/2011 du 30 août 2011 ; ATA/150/2006 du 14 mars 2006), ce que le Tribunal fédéral a constaté mais confirmé (arrêts du Tribunal fédéral 2C_418/2014 du 20 août 2014 consid. 4 ; 2C_197 et 198/2010 du 30 avril 2010 consid. 6) pour autant que la même rigueur, respectivement la même flexibilité soit appliquée à l'égard des différents soumissionnaires (ATA/753/2016 du 6 septembre 2016 ; ATA/256/2016 du 22 mars 2016 ; ATA/175/2016 du 23 février 2016 ; Olivier RODONDI, La gestion de la procédure de soumission, in *Droit des marchés publics* 2008, n. 63 p. 186, n. 64 p. 186 et n. 66 p. 187 ; Olivier RODONDI, Les délais en droit des marchés publics, in *RDAF* 2007 I 187 et 289). Ledit formalisme permet en effet de respecter notamment le principe d'intangibilité des offres remises, de même que celui de l'égalité de traitement entre soumissionnaires garanti par l'art. 16 al. 2 RMP (ATA/175/2016 précité ; ATA/129/2014 du 4 mars 2014).

Le Tribunal fédéral a jugé que l'interdiction du formalisme excessif, tirée de la garantie à un traitement équitable des administrés énoncée à l'art. 29 Cst., n'oblige pas le pouvoir adjudicateur à interpellier un soumissionnaire en présence d'une offre défailante (arrêts du Tribunal fédéral 2C_197/2010 et 2C_198/2010 précités consid. 6.5). En revanche, elle interdit d'exclure une offre présentant une informalité de peu de gravité. C'est dans ce sens que des erreurs évidentes de calcul et d'écriture peuvent être rectifiées (art. 39 al. 2 RMP) et que des explications peuvent être demandées aux soumissionnaires relatives à leurs aptitudes et à leurs offres (art. 40 et 41 RMP). Le principe d'intangibilité des offres remises et le respect du principe d'égalité de traitement entre soumissionnaires impliquent de ne procéder à ce type de questionnement que de manière restrictive, et seulement lorsque l'offre est, au demeurant, conforme aux conditions de l'appel d'offres (Olivier RODONDI, La gestion de la procédure de soumission, op. cit., n. 63 p. 186 ; Jean-Baptiste ZUFFEREY/Corinne MAILLARD/ Nicolas MICHEL, *Droit des marchés publics*, 2002, p. 110).

Les principes précités valent notamment pour la phase d'examen de la recevabilité des soumissions (Olivier RODONDI, La gestion de la procédure de soumission, op. cit., n. 65 p. 186). Lors de celle-ci, l'autorité adjudicatrice doit examiner si les offres présentées remplissent les conditions formelles pour participer à la procédure d'évaluation proprement dite et il est exclu d'autoriser un soumissionnaire à modifier la présentation de son offre, à y apporter des compléments ou à transmettre de nouveaux documents. En outre, en matière d'attestation, l'autorité adjudicatrice peut attendre d'un soumissionnaire qu'il présente les documents requis, rédigés d'une manière qui permette de déterminer, sans recherche

complémentaire, interprétation ou extrapolation, si celui-ci remplit les conditions d'aptitude ou d'offre conformes à ce qui est exigé dans le cahier des

- 12/15 - A/1458/2016 charges (arrêts du Tribunal fédéral 2C_197/2010 et 2C_198/2010 précités consid. 6 ; ATA/175/2016 précité ; ATA/102/2010 du 16 février 2010). 7) a.

L'inégalité de traitement, au sens de l'art. 8 al. 1 Cst., consiste à traiter de manière inégale ce qui devrait l'être de manière semblable ou inversement (ATF 137 I 167 consid. 3.5 p. 175 ; 129 I 346 consid. 6 p. 357 ; arrêt du Tribunal fédéral 2D_63/2011 du 16 février 2012 consid. 3.3). Le principe de l'égalité de traitement entre personnes appartenant à la même branche économique est spécifiquement garanti à l'art. 27 Cst. En vertu de ce principe, les mesures étatiques qui ne sont pas neutres sur le plan de la concurrence entre les personnes exerçant la même activité économique (concurrents directs) sont prohibées (ATF 130 I 26 consid. 6.3.3.1 p. 53 ; arrêts du Tribunal fédéral 2D_15/2011 du 31 octobre 2011 consid. 3.3 ; 2C_116/2011 du 29 août 2011 consid. 7.1 ; ATA/1041/2016 du 13 décembre 2016 ; ATA/283/2016 du 5 avril 2016).

En particulier, le respect de l'égalité de traitement entre soumissionnaires (art. 1 al. 3 let. b et 11 let. a AIMP ; art. 16 RMP) oblige l'autorité adjudicatrice à traiter de manière égale les soumissionnaires pendant tout le déroulement formel de la procédure (ATA/899/2016 du 25 octobre 2016 ; Benoît BOVAY, La non-discrimination en droit des marchés publics, in RDAF 2004 I 241 ; Jean- Baptiste ZUFFEREY/Christophe MAILLARD/Nicolas MICHEL, op. cit., p. 109). Ce principe impose que les conditions d'accès au marché soient similaires pour tous (Guide romand pour les marchés publics, annexe D, ch. 2, version du 2 juin 2005, actualisée et complétée les 9 juin 2006, 18 décembre 2006 et 12 septembre 2008).

b. L'épuration des offres constitue un préalable à la phase de leur évaluation sur la base des critères d'adjudication. Si l'offre proposée n'est pas conforme aux conditions de l'appel d'offres, elle sera exclue comme non conforme à l'objet du marché (JAAC 65.78 consid. 3a ; ATA/1216/2015 du 10 novembre 2015 ; ATA/457/2011 du 26 juillet 2011). 8)

En l'occurrence, l'appel d'offres prévoyait que les meubles, en stratifié ou en mélamine, devaient être labellisés FSC recyclé ou FSC 100 %. Ensuite, selon les différentes composantes de ces meubles notamment le bois, le métal, les revêtements et les colles, il posait d'autres exigences plus spécifiques. Selon le questionnaire écologique annexé à l'appel d'offres, les soumissionnaires devaient confirmer si le stratifié ou le mélaminé proposé était labellisé FSC recyclé ou FSC 100 %. Un autre document servant à l'évaluation du sous-critère d'adjudication « caractéristiques écologiques du mobilier administratif », annexé au questionnaire écologique, reprenait la même question. Une lecture de ces documents, pris ensemble et de bonne foi, permettait de comprendre que les labels FSC exigés portaient sur les parties en bois des meubles figurant dans les lots n° 1 et n° 3 et non sur le revêtement en stratifié ou en mélamine qui, aux dires de la recourante, contient du plastique. Il ressort du dossier que les différents

- 13/15 - A/1458/2016 soumissionnaires ont envoyé des certifications non uniformes au sujet de cette exigence, certains se contentant de produire des certifications portant le label FSC sans autre précision alors que la recourante a envoyé un certificat portant le label FSC Mix. Cette indication claire qui ne correspondait pas aux exigences de l'appel d'offres ne laissait pas de place au doute. Durant la présente procédure, la recourante n'a en outre pas été en mesure de présenter une certification différente de celle figurant dans son offre, se contentant de soutenir que son expérience dans le domaine et l'ensemble de ses

certifications démontraient qu'elle était apte à exécuter le marché en cause. Néanmoins, aucune des certifications de la recourante ne pouvait remplacer celles exigées par la CCA ou en être l'équivalent.

La recourante a par ailleurs répondu, à deux reprises, dans deux documents différents annexés à l'appel d'offres, positivement à la même question de confirmer que les meubles proposés respectaient le label FSC exigé alors qu'elle ne pouvait pas ignorer, compte tenu de la certification FSC Mix de l'ensemble des sociétés du groupe Kinnarps, que le label qu'elle proposait n'était pas conforme à celui qui était exigé. Ce manquement, non négligeable au regard des exigences écologiques de l'autorité intimée et des conséquences de leur non-respect, soit une élimination de la procédure d'adjudication sans évaluation de l'offre, ne pouvait pas lui échapper au moment du dépôt de son offre.

En tout état, les soumissionnaires qui ne remplissaient pas ce critère du label FSC 100 % ou recyclé exigé ont été exclus de la procédure d'adjudication.

La CCA n'a ainsi pas violé le droit ni excédé ou abusé de son pouvoir d'appréciation en considérant l'offre de la recourante comme non conforme à l'appel d'offres, et en l'éliminant sans évaluation pour ce motif. Elle n'a pas non plus violé le principe de l'égalité de traitement entre soumissionnaires.

L'élimination de la recourante étant dès lors conforme au droit, son grief doit être écarté. 9)

Dans un autre grief, la recourante reproche à l'autorité intimée d'avoir poursuivi la procédure d'adjudication et adjugé le marché à une société qui ne remplissait pas les critères exigés.

Compte tenu de l'élimination fondée de la recourante, ses griefs portant sur l'adjudication du marché à la société adjudicataire et les preuves produites à leur appui se révèlent exorbitants au présent litige et sont par conséquent irrecevables dans la mesure où ils portent sur la suite de la procédure (ATA/753/2016 du 6 septembre 2016). Dans ces circonstances, les conclusions en indemnisation du préjudice allégué par la recourante deviennent sans objet. 10) Les considérants qui précèdent conduisent au rejet du recours.

- 14/15 - A/1458/2016

Vu l'issue du litige, un émolument de CHF 3'300.- sera mis à la charge de la recourante qui succombe (art. 87 al. 1 LPA). Il ne sera pas alloué d'indemnité de procédure à l'autorité intimée qui agit par son propre service juridique (art. 87 al. 2 LPA ; ATA/414/2017 du 11 avril 2017 ; ATA/486/2009 du 29 septembre 2009 ; ATA/312/2004 du 20 avril 2004).

* * * * *

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.